

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO : instrumentos processuais e meios alternativos para o ressarcimento de danos

MASSAMI UYEDA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Está assente no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados que aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Cuida-se de emanção direta dos clássicos preceitos do Direito Natural que estatuem: "*honestae vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" (viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu).

Estes preceitos configuram, na essência, o cerne do Direito e da Ética que, como ciências culturais, fundamentam a retidão de conduta, como modelo de comportamento a seguir, devendo estar presente no cotidiano de todos, pessoas físicas e pessoas jurídicas, bem como estar no âmago das instituições.

Os preceitos éticos assim se confundem com os preceitos jurídicos e são transcendentais a estes, pois, como já concebido por Jeremias Bentham, "*non omnis quod licet, honestum est*" (nem tudo que é lícito é honesto).

A noção de responsabilidade civil vincula-se à obrigação de ressarcir danos, consubstanciando obrigação de ordem patrimonial, uma vez que a obrigação de ter de responder com o flagelo corporal ou até mesmo o sacrifício da vida, contida na prática do "olho por olho, dente por dente", de há muito está afastada do Estado de Direito.

O Estado de Direito é aquele em que o primado da lei - comando normativo de observância geral e obrigatória - deve ser

obedecido em sua inteireza, tanto que a Constituição Federal de 1988, só para exemplificar, dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II), configurando-se esta determinação no que se consagrou chamar de princípio da legalidade.

Mas, para a adequada compreensão deste princípio, que é basilar do Estado, necessário se faz esclarecer que aquele que promulgou a lei, no caso o Estado, por meio de seu Poder Legislativo, ou mesmo por meio de atos administrativos de conteúdo normativo editados pela Administração Pública - o Poder Executivo e, também, os demais Poderes, quando praticam atos de natureza material administrativa -, também se submeta ao comando da lei por ele próprio editada. Esta angulação de interpretação é sintetizada no aforismo *pari legis quam fecisti* (suporta a lei que fizeste), segundo o qual o Estado deve, também, cumprir, obedecer à lei que ele próprio criou.

Esta introdução aqui é feita para rememorar a obrigação do Estado quando provoca dano a terceiros, contrapondo-se à teoria da divinização do poder, que vingou por longo período na história da humanidade e que justificava a total irresponsabilidade do governante pelos atos por ele cometidos, sob o fundamento de que sendo ele o governante, a personificação de Deus, na Terra, não poderia errar e, sendo assim, não poderia ser responsabilizado por seus atos.

Esta teoria da divinização do poder, contida na máxima *the king can do no wrong* (o rei não comete erro), como assim concebia o direito inglês, até recentemente, cedeu lugar à teoria da responsabilização civil do Estado.

E esta noção da intangibilidade do poder, impeditiva de se responsabilizar o Estado, por seus atos, acha-se mesmo arraigada no inconsciente coletivo dos países, como o Brasil, de inspiração no Direito

Romano e não na *Common Law* do direito anglo-saxão, porquanto, grande parte das vezes, o cidadão comum, leigo em direito, chega a pensar que o Estado, por gerir a coisa pública, não tem como ser responsabilizado pelos atos praticados por seus agentes, uma vez que sendo coisa pública não é de ninguém, sendo impossível a sua delineação.

Mas este sentimento popular não se distancia muito da evolução histórica da responsabilização civil do Estado, pois para se chegar ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal que, *in verbis*:

art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa,

longo caminho doutrinário e jurisprudencial foi percorrido.

O Direito Administrativo é ramo do Direito Público e sua autonomia científica só a partir de 1873 é que foi assim reconhecida, posto que, até então, embora a disciplina fizesse parte do Curso de Direito da Sorbonne, sob a regência do Barão de Gerando, seu estudo limitava-se ao escorço das leis que disciplinavam as atividades da Administração Pública. E este entendimento também fazia parte dos professores da Academia de Direito de São Paulo, do Largo de São Francisco, do porte do Conselheiro Ribas.

Mas nascimento do Direito Administrativo não significa autonomia. Esta só veio à luz, em 1873, com a decisão do Conselheiro Davi, que, ao decidir, no Tribunal de Conflitos, ser da competência do Conselho de Estado Francês o julgamento da ação de reparação de danos

promovida por Agnes Blanco que foi atropelada por um vagonete da Companhia Nacional de Tabacos de Bordéus, ajuizada originariamente perante o Judiciário Comum Francês, entre outras disposições, estatuiu:

A responsabilidade que incumbe ao Estado pelos prejuízos causados aos particulares por ato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios firmados pelo Código Civil, ao regular as relações de particular a particular; tal responsabilidade não é geral, nem absoluta; tem regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.¹

E, assim, a autonomia científica do Direito Administrativo surge com uma decisão envolvendo caso de responsabilidade civil do Estado.

Por esta histórica decisão, constata-se que a interpretação do Direito Administrativo distingue-se da do Direito Civil. Neste, vigora o princípio da igualdade das partes, sob o prisma jurídico. No Direito Administrativo, ao se proceder à exegese dos atos administrativos e mesmo da conduta da Administração Pública, deve-se considerar o pressuposto da desigualdade jurídica da Administração Pública que tem, em relação ao particular, nítida preponderância. Esta distinção no método de interpretação pode ser facilmente constatada nos exemplos da compra e venda de um imóvel e no da desapropriação de um bem imóvel. Na compra e venda o negócio jurídico só se aperfeiçoa se as partes estiverem de acordo, ou seja, se há *animus* de venda e *animus* de compra e, na desapropriação, não se indaga ao expropriado se ele concorda com o despojamento de seu bem. Simplesmente, neste caso, há o *animus*, o querer da Administração Pública.

No campo da responsabilidade civil, na seara do Direito Civil, necessário que a conduta causadora do dano seja decorrente do elemento

¹ José Cretella Júnior, *Direito administrativo comparado*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

subjetivo da culpa do agente causador do dano para que se estabeleça liame de responsabilização. A culpa, em sentido jurídico, consiste na motivação psíquico-psicológica da ação (ou omissão) causadora do dano. Significa o querer produzir o dano (vontade consciente) ou que a produção do dano seja decorrente de conduta desidiosa, imprudente, imperita ou negligente, ou seja, que a lesão tenha sido conseqüente à imprevidência do agente, em condições de previsibilidade (culpa *lato sensu*).

No tocante ao dano causado pelo Estado, por ato praticado por seu agente, não há necessidade de demonstrar-se o vínculo subjetivo de sua conduta. Basta para a configurar a obrigatoriedade do ressarcimento, como conseqüência da responsabilidade civil do Estado, que o dano tenha ocorrido. É isto que se denomina responsabilidade objetiva. Ou seja, houve dano em decorrência de ação (ou omissão) do agente do Estado? Se houve, objetivamente há configuração de responsabilidade civil do Estado.

Mas atente-se que a adoção singela de constatação objetiva da lesão ou do dano, pura e simplesmente, pode conduzir a situações de flagrante injustiça para com o Estado e, em última análise, para com o povo, que, afinal, é quem irá ressarcir os prejuízos.

É o caso de se figurar a hipótese de o dano ou a lesão ter sido causada ou provocada pela própria vítima. É cabível a reparação, se foi a vítima quem se auto-lesionou ou provocou o dano em seu bem jurídico? Obviamente, não será cabível. Mas em que hipóteses haverá o cabimento? Nas hipóteses em que a vítima não tenha concorrido para a eclosão do evento e que este, também e por outro lado, não seja resultado de caso fortuito e força maior, pois, então, nestas hipóteses, há causa de exclusão da responsabilidade civil do Estado.

Há teorias originadas da responsabilidade objetiva, que procuram fundamentar a obrigação de reparação de danos causados pelo Estado. Uma delas, a do risco administrativo, estabelece que a obrigação existe se o serviço público que se obrigou a prestar o Estado em condições adequadas não foi prestado. Nesta hipótese, há necessidade de se provar que o serviço foi adequadamente prestado. O princípio do ônus da prova, ou seja, a obrigação de demonstrar o alegado que, de regra, compete a quem alega, em sede de prestação de serviço público, que, agora acha-se abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor, transfere ao Estado o dever de demonstrar que o serviço foi adequadamente prestado.

E há outra teoria que se baseia no risco integral, ou seja, é do Estado toda a responsabilidade causada por seu agente. Mas esta teoria é extremada e pode levar a situações de injustiça, pois pode ocorrer a hipótese em que o dano seja causado por culpa exclusiva da vítima.

No dever de reparar os danos incluem-se parcelas referentes ao principal, que são os danos aos lucros cessantes, que são aqueles que o lesionado se viu impedido de auferi-los em razão da lesão sofrida, bem como atualização monetária, juros, custas e honorários advocatícios.

A instrumentalização do direito à reparação dos danos há de ser feita por meio de ações judiciais, na esteira da dicção do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Estas ações podem, dependendo das hipóteses de configuração, ser aquelas deduzidas sob rito ordinário (procedimento comum ou procedimento sumário) ou de rito especial, como mandado de segurança, em trato de lesão ou dano individual; e em trato de lesão a interesse difuso ou coletivo, em ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção.

E, também, pode ser instrumentalizada por via administrativa, por meio de conciliação, transação ou arbitragem.

Na realidade, há, neste campo da resolução de conflitos decorrentes de responsabilidade civil do Estado, resistência cultural quanto à forma extrajudicial de sua resolução, porque é comum, a nosso ver equivocado, o entendimento de que não há cabimento para a transação.

Mas a recente Lei paulista nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, ao regular o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, dispôs em seu art. 65 que:

Art. 65. Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

Esta lei deve ser saudada e festejada, pois vem possibilitar a mais rápida e célere resolução do conflito de interesse. E, conquanto em seu art. 66 disponha que a indenização, se acolhida esta via administrativa, a ser paga será singela, somente o valor do principal, sem os juros legais, as atualizações e os honorários advocatícios, bem de ver que o pagamento desta indenização há de ser feita em tempo razoável, sob pena de caracterizar-se o enriquecimento ilícito do Estado.

Por razoabilidade deve-se entender a adequação entre meios e fins, no sentido de que deve haver um equilíbrio temporal que não ultrapasse o "logos del razonable" a que aludia Recaséns Siches.²

De lege ferenda, ou seja, como proposição a ser considerada pelo legislador, deve-se incentivar a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos de interesses, mediante os institutos da conciliação e da transação e, até mesmo, pela utilização da arbitragem.

A nosso ver, é cabível o recurso aos meios alternativos e, ao assim afirmar, fundamentamo-nos no princípio do paralelismo de formas em relação ao instituto da licitação que, inegavelmente, é instrumento de moralidade administrativa no atinente às contratações efetuadas pelo Estado, as quais, obviamente, implicam em despesas públicas. Se, no referente à licitação, a própria lei prevê hipóteses de dispensa da licitação, exigindo-se apenas a fundamentação da dispensa, além das hipóteses legais de inexigibilidade da licitação (arts. 17, incisos I e II; 24, incisos I a XXIV e 25, da Lei nº 8.666/93), por que não se permitir que o agente público a quem esteja afeta a competência para atuar na área de litígios decorrentes de reparações de danos possa celebrar acordos? A lei que assim vier de ser promulgada há de estabelecer as hipóteses e os limites.

Por esta razão é que dissemos ser auspiciosa a promulgação da Lei paulista nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998.

Estes, em linhas gerais, relances de um tema que há de merecer, por certo, reflexões mais detidas.

² RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*, México: Porrúa, 1959, p. 428; Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable", *Publicaciones de Diánoia*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, p. 499.